



Title	伝統的国際法における敵船・敵貨捕獲の正当化根拠 (一)
Author(s)	和仁, 健太郎
Citation	阪大法学. 2014, 64(2), p. 37-72
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/71500">https://doi.org/10.18910/71500</a>
rights	
Note	

*The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

# 伝統的国際法における

## 敵船・敵貨捕獲の正当化根拠（一）

和 仁 健 太 郎

はじめに

### 一 敵船・敵貨捕獲の対象となる「敵船」および「敵貨」の範囲

#### 1 敵性

2 敵船上の中立貨および中立船上の敵貨の扱い

### 二 一八世紀以前の学説・国家実行における敵船・敵貨捕獲の正当化根拠

#### 1 権利執行手段としての戦争

2 捕獲による権利の実現：「法上弁済」の法理（以上、本号）

3 法上弁済以外の原理に基づく捕獲

#### 4 自然法上の原理の修正

### 三 一九世紀～二〇世紀初頭の学説・国家実行における敵船・敵貨捕獲の正当化根拠

#### 1 一九世紀に生じた諸変化

2 敵船・敵貨捕獲制度廃止論と存置論の対立

終わりに

## はじめに

戦時において交戦国が海上の私有財産（船舶およびその貨物）のうち一定のものを拿捕・没収する行為のことを、海上捕獲といふ。海上捕獲は、①臨検・搜索（visit and search）→②拿捕（seizure; capture）→③捕獲審査所（prize court）所在地への引致→④捕獲審査所による審査と検定（没収または解放）、といふ手続で行われる。①～③を行うのは交戦国の軍艦であり、④を行うのは交戦国の捕獲審査所である。捕獲審査所が没収を検定（④）であるのは、(a)敵船および敵船上の敵貨<sup>(5)</sup>、(b)戦時禁制品（contraband of war）「ならびに戦時禁制品を輸送する船舶」同船上の戦時禁制品以外の貨物<sup>(6)</sup>、(c)封鎖（blockade）を侵破する船舶「およびその貨物」、(d)非中立的任務（unneutral service）に従事する船舶「およびその貨物」、(e)臨検・搜索に抵抗した船舶「およびその貨物」などである（角括弧〔 〕内のものをいのうな場合に没収できるかについては、国家実行が分かれていた）。拿捕（②）であるものの範囲は没収（④）であるものの範囲よりも広く、例えば、戦時禁制品輸送船を没収できない場合であっても、貨物の中に戦時禁制品が含まれていれば、当該貨物だけでなく、船舶こと拿捕できる。<sup>(9)</sup>①の対象となるものの範囲はさらに広く、交戦国の軍艦は、拿捕事由（②）が存在しないか否かを確認するため、海上（中立国領水を除く）<sup>(10)</sup>（<sup>(11)</sup>）で発見するすべての船舶（中立国軍艦を除く）<sup>(12)</sup>を停船させて船舶書類を査閲し（臨検）、必要のあるときはさらに船内の搜索を行う権利を有する（臨検・搜索の権利）。交戦国が行う以上の諸行為を規律する国際法のことを、海上捕獲法（prize law; droit de prise; Prisenrecht）といふ。

海上捕獲法に関する一般条約としては、一八五六年パリ宣言<sup>(13)</sup>、一九〇七年第二回ハーグ平和会議で採択された若干の条約<sup>(14)</sup>、一九〇九年ロンドン宣言<sup>(15)</sup>などがある（ただしロンドン宣言は未発効）が、第二次大戦後において、海上捕獲

に關する條約は一本も作成されていない<sup>(16)</sup>。したがって、かつて存在した海上捕獲法が現在の国際法において妥当し得るか、妥当し得るとして、どのような内容のものとして妥当しているのかは、戦争・武力行使違法化が海上捕獲法にいかなる影響を与えるかという理論的側面からの検討、および国家実行の実証的分析によつて明らかにするしかない。

海上捕獲法は、第二次大戦以前の戦争法研究において、さらには国際法研究全体においても、もっとも重要な研究テーマの一つとして、膨大な量の研究が蓄積されていた分野であった。そのことと比較すれば、第二次大戦後ににおける海上捕獲法研究の蓄積は決して十分ではないが、それでも一定の数の業績は存在する。しかし、それらの業績の関心は、海上捕獲法のうち戦争・武力紛争の第三国（中立国）に対しても向けるもの（前記(b)～(e)の部分）に集中し、敵船および敵貨の捕獲（前記(a)）は、十分に検討されないか、または無視されることさえ少くない。

例えば、ネフ（Stephen C. Neff）は、「交戦権の理論的根拠（the conceptual foundations of belligerents' rights）」について検討した論文の中で、交戦権を、①交戦国相互間で行使されるもの（敵国兵士の殺傷、敵国領土の占領、敵国兵士の捕虜としての捕捉・抑留などのほか、海上における敵船・敵貨の捕獲を含む）と、②第三国（中立国）に対して行使されるもの（戦時禁制品の没収、封鎖侵破船の没収、中立船の臨検・捜索など）とに分けた上で、①については、交戦国が互いにそれらの手段に訴え合うことに同意している（voluntary assumption）と考える」といふが可能だから説明は容易であるとして、検討の対象をもっぱら②に限定してゐる。<sup>(17)</sup>

たしかに、中立船および中立貨の捕獲は、戦争と無関係の国の船舶や貨物を対象とする点で、敵船・敵貨の捕獲よりも正当化の難しい側面があるのは事実である。しかし他方で、中立船および中立貨は、一定の理由がある場合——例えば、交戦国にとつて危険な物品である場合（戦時禁制品）や、交戦国の作戦行動を妨害する場合（封鎖侵破の場合）など<sup>(18)</sup>——に限つて拿捕・没収されたのに対し、敵船および敵船上の敵貨は、敵船または敵貨であるとい

うだけの理由で、無条件ですべて拿捕・没収の対象となつた（まったく戦争遂行の役に立たない物品であつても、また、船舶・貨物が敵国以外の場所に向かっていても、すべて拿捕・没収された<sup>(20)</sup>）。この点、陸上の私有財産の場合、交戦国は、敵人が所有する財産であるというだけの理由でそれを没収することはできない（陸上私有財産非沒収の原則）——占領軍の需要のために必要である（現品徴発 (*réquisition en nature*) および取立金 (*contribution*)）とか、敵軍の戦争遂行に使用し得る危険な物品である（軍需品 (*munitions de guerre*) の押収 (*saisir*)）など、一定の理由がなければ没収・押収できない<sup>(21)</sup>——のであって、海上の敵私有財産（敵船および敵船上の敵貨）がなぜ前述のような厳しい扱いを受けたのかの根拠は、決して自明ではない。実際、三で述べるように、一九世紀には、敵船・敵貨捕獲制度について廃止論と存置論との対立があり、どちらかと言えば廃止論の方が優勢だったほどである。国際法上戦争が自由であつた一九世紀にすら廃止論が優勢だったとすれば、戦争が違法化された現在において敵船・敵貨捕獲制度が妥当するか否かは、戦時禁制品制度や封鎖制度よりも、一層慎重な検討が必要である。

本稿は、以上のような問題意識から、伝統的国際法における敵船・敵貨捕獲の正当化根拠——交戦国が敵船および敵船上の敵貨を敵船または敵貨であるというだけの理由で拿捕・没収できたのはなぜか——を、（正当化根拠が存在しないと考えられた可能性も含めて）明らかにする。本稿の検討対象である「敵船・敵貨捕獲（制度）」とは、ドイツ語で *Seebetreiberecht* と呼ばれるものに相当し<sup>(22)</sup>、交戦国が敵船および敵貨を、それが敵船・敵貨であるというだけの理由によって拿捕・没収する慣行、ならびにその慣行を規律する国際法を意味する。また、本稿において、「伝統的国際法」という言葉は、戦争が違法化される前の国際法という意味で用いており、第一次大戦の時期も含むが、総力戦であつた第一次大戦における海上捕獲の実行は、従前の実行とかなり性質が異なるため、本稿では、

第一次大戦より前の時期に限定して検討することにする。

以下では、まず、敵船・敵貨捕獲の対象となる「敵船」および「敵貨」の範囲の決定基準について確認した（一）後、「八世紀以前（I）」と「九世紀以降（II）」とに分けて、敵船・敵貨捕獲がいかなる根拠・原理によつて正当化されていたのか（あるいは正当化し得ないものと考えられていたのか）を検討する。

## 一 敵船・敵貨捕獲の対象となる「敵船」および「敵貨」の範囲

### 1 敵性

海上捕獲法の適用上、船舶を敵船と中立船とに、貨物を敵貨と中立貨とに分けること（敵性の決定）が出发点となる<sup>(23)</sup>。中立船および中立貨は、一定の場合に（戦時禁制品輸送や封鎖侵破の場合など）、一定の範囲においてのみ没収できるのに対し、敵船および敵船上の敵貨は、無条件で、すべて没収の対象となるからである。（なお、注（1）でも述べたように、海上捕獲法において敵船とか中立船という場合の船舶は、主として私船である。敵軍艦は、攻撃の対象となるほか、戦利品（booty of war）として拿捕・没収の対象になる。敵軍艦の戦利品としての没収の効果は、拿捕によって直ちに生ずるのであって、捕獲審査所の審査・検定を経てはじめて没収できる敵船・敵貨の捕獲とは区別される。）

ところが、海上捕獲に関する国家実行は、この出発点の段階で既に分裂していた。すなわち、まず、船舶により海上輸送される貨物の敵性・中立性は、当該貨物の所有者が敵人であるか中立人であるかにより決定される<sup>(24)</sup>（この点について国家実行は一致していた）。しかし、所有者（つまり人）の敵性が何によつて決まるかについては、国籍を基準とする主義（フランス主義：das Nationalitätsprinzip）と住所地<sup>(25)</sup>を基準とする主義（英國主義：das Do-

mißlprinzip) とが対立していたために、貨物の敵性決定基準については、結果として統一的な国家実行が存在しない状況にあった。<sup>(26)</sup> また、船舶の敵性・中立性についても、もっぱらその船舶が掲揚する権利を有する国旗、つまり船舶の国籍により決定する主義（フランス主義：das Flaggenprinzip）と、敵国の国旗を掲げていれば所有者のいかんを問わず船舶の敵性を肯定するが、中立国の国旗を掲げている船舶であっても、その所有者が敵人であれば船舶の敵性を肯定する主義（英國主義：das Flaggenprinzip ∨ das Eigentumsprinzip の併用）とが対立していた。<sup>(27)</sup>

（なお、海上捕獲の分野では、「敵國船」、「敵國民」、「中立國船」、「中立國民」といった言葉ではなく、「敵船（enemy ships）」、「敵人（enemies; enemy persons）」、「中立船（neutral ships）」、「中立人（neutrals; neutral persons）」）といった言葉を用いるが、それは、船舶や人の敵性・中立性について、国籍以外の基準が用いられる場合があるためである。）

こうした状況において、一九〇九年ロンドン宣言は、貨物の敵性について、「敵船内の貨物の中立性または敵性は、その貨物の所有者の中立性または敵性により決定される」（第五八条）と規定したが、肝心の所有者（つまり人の敵性については、諸国の立場の相違を解消することができず、結局何の規定も置かなかった。他方、船舶の敵性については、「国旗の移転<sup>(28)</sup>に関する規定を除き、船舶の中立性または敵性は、その船舶が掲揚する権利を有する国旗により決定する」（第五七条一項）と定め、フランス主義を採用した。

以上のように、船舶および貨物の敵性決定基準については、國家実行が分裂しており、ロンドン宣言も人の敵性決定基準については何も規定しなかつたので、貨物の敵性も結局はロンドン宣言の規定によっては確定できないことになる。また、ロンドン宣言は、船舶の敵性についてはフランス主義を採用したが、ロンドン宣言は未発効条約であるから、この問題に関する実定国際法の規則は、慣習国際法の中に見いだすほかない。しかし、前述した通り

ロンドン宣言前の国家実行は分裂しており、また、ロンドン宣言後の国家実行が一つの方向に収斂していったかどうかも定かではない。<sup>(30)</sup>さらに、歴史的に見ると、船舶や貨物の敵性に関する英國主義とフランス主義との対立の構図は、一九世紀の間に固まつたものであり、この問題について一八世紀以前の国家実行がどのようになっていたのかは、従来の研究においても十分明らかにされてはいない。<sup>(31)</sup>

このように、「敵船」および「敵貨」の範囲は、歴史的に見ても、二〇世紀初頭の時点だけを取り出して見ても、不確定であったと言わざるを得ない。しかし、諸国が何らかの基準によつて「敵船」と「敵貨」の範囲を決定し、その「敵船」や「敵貨」を捕獲していたことは確かである。本稿は、敵性決定基準それ自身を検討することを目的とするものではないので、とりあえず、「敵船」および「敵貨」の範囲の決定基準の問題は括弧に入れ、「敵船」および「敵貨」の範囲が何らかの基準により決定されていたことを前提とする。

## 2 敵船上の中立貨および中立船上の敵貨の扱い

1で述べた「敵船」および「敵貨」の範囲の問題のほかに、敵船上の中立貨および中立船上の敵貨が捕獲の対象となるか（没収できるか）についても、長年にわたり国家実行の対立があつた。<sup>(32)</sup>この問題については、①貨物の敵性・中立性を基準とする主義（敵船上の中立貨は没收せず、中立船上の敵貨は没収する主義）、②船舶の敵性・中立性を基準とする主義（敵船上の中立貨は没収し、中立船上の敵貨は没収しない主義）、③貨物の敵性・中立性を基準とする主義と船舶の敵性・中立性を基準とする主義を、中立国にとって不利な形で組み合わせる主義（敵船上の中立貨は船舶の敵性を根拠に没収し、中立船上の敵貨は貨物の敵性を根拠に没収する主義）、④貨物の敵性・中立性を基準とする主義と船舶の敵性・中立性を基準とする主義を、中立国にとって有利な形で組み合わせる主義

(敵船上の中立貨は貨物の中立性を根拠に没収せず、中立船上の敵貨は船舶の中立性を根拠に没収しない主義) の四つの立場があり得る。①は、一三世紀末から一四世紀半ば頃にバルセロナで編纂されたとされるコンソラート・デル・マーレ (Consolat der mare) 第二七六章<sup>(33)</sup>が採用していた主義であることから、「コンソラート・デル・マーレ主義」と呼ばれる。②は、敵貨であっても中立船内にあれば没収を免れ (『自由船は自由貨を作る (Free ships make free goods)』)、逆に中立貨であっても敵船内にあれば没収されることから、「自由船・自由貨 (free ships, free goods)」「敵船・敵貨 (enemy ships, enemy goods)」主義と呼ばれる。③の主義は、敵船上の中立貨については敵船・敵貨主義を、中立船の敵貨についてはコンソラート・デル・マーレ主義を採用するものである (敵貨を輸送する中立船は没収しない) が、これをさらに進めて、敵貨を輸送していることを根拠に中立船まで没収するという形で運用されたこともある。その場合、敵貨を輸送するにより中立船が敵性に「感染する」と説明されたことから、この立場は「敵性感染主義 (infection hostile)」<sup>34)</sup>と呼ばれる。

一六世紀までの時期に諸国が一般に採用していたのは①の主義であったが、一七世紀になると、当時のヨーロッパにおいて海運業の大部分を独占していたオランダの主導により、②の主義を規定する二国間条約が多数締結されるようになつた。しかし、英國や米国などは、②の主義はあくまでも条約上の規則であり、一般法としては①の主義が妥当しているとの立場を一九世紀前半に至るまで一貫して維持した。フランスは、一八世紀後半に至るまで、個別条約がある場合を除き、③の主義を採用していたが、一七七八年捕獲規則において②の主義を採用するに至つた。中立国にとつとも有利な組み合わせである④の主義は、一七八〇年の第一次武装中立同盟および一八〇〇年の第二次武装中立同盟において主張され、一八五六年のパリ宣言で採用されるに至つた。<sup>(34)</sup>パリ宣言の当事国数は五一（一九世紀中に加入したのが四九カ国、二〇世紀初頭になつて加入したのがメキシコおよびスペインの二カ

国<sup>35</sup>）であり、パリ宣言に加入しなかつた主要国の一つである米国も、一八九八年の米西戦争において、「国際法の確立した規則」としてのパリ宣言第一、第三および第四規則に従う旨を表明した。<sup>36)</sup>このように、中立船上の敵貨および敵船上の中立貨の扱いについてパリ宣言が規定した原則は、一九世紀後半において、諸国によつて一般国際法として受け入れられていたのである。

以上のように、敵船・敵貨捕獲の対象となるものの範囲については、歴史的にさまざまな主義の変遷があり、また、二〇世紀初頭に至つても国家実行がなお分裂していた部分もあつた。しかし、一定の範囲の船舶および貨物が、敵船または敵貨であるというだけの理由によりすべて拿捕・没収の対象となつてゐたこと――つまり敵船・敵貨の捕獲という制度が存在したこと――は明らかである。以下では、交戦国がそれら一定の範囲の船舶および貨物をすべて拿捕・没収できたのはなぜか（敵船・敵貨捕獲の正当化根拠）について、一八世紀以前の時期（II）と一九世紀以降の時期（III）とに分けて検討する。二つの時期に分けて検討するのは、戦争の法的性質や機能の捉え方について、一九世紀以降とそれ以前との間にかなり根本的な変化があつたためである。

## 二 一八世紀以前の学説・国家実行における敵船・敵貨捕獲の正当化根拠

### 1 権利執行手段としての戦争

概ね中世から一八世紀頃までの学説・国家実行において、戦争は、権利の執行手段と考えられていた。このことは、先行研究において既に指摘されてゐることであり、例えば不フは、「……法の執行活動（a law-enforcement operation）としての戦争という観念は、もつとも広い意味での正戦論の考え方の本質であった。」の觀念は、中

## 説

ヨーロッパにおいて非常に強固に存在していた。この観念から生ずる帰結は様々であり、かつ、重要な存在であった。その一つは、正当戦争は決闘やスポーツ競技のような法的または道徳的な同等者 (legal or moral equals) 間の闘争とは見なされなかつた、ということであった。そうではなく、あらゆる武力紛争は、正しく側と悪く側、犯罪と刑罰、または（法律家に言わせれば）違法行為と制裁の問題だつたのである」と述べている。<sup>(37)</sup> 同様に、レサフナー (Randall Lesaffer) も、「中世後期の観念において、戦争は、法の執行手段 (an instrument of law enforcement)、すなわち主権者が、その権利を侵害したと考える敵に対して正当かつ合法な請求を執行するための、法的訴訟の代替物と考えられていた」と述べている。<sup>(38)</sup>

戦争が権利の執行手段であつたことの意味をもう少し敷衍して説明すると、次のようなになる。すなわち、一八世紀以前の国際法学説における戦争論は、正戦論 (the doctrine of just war; *bellum justum*) であつた。<sup>(39)</sup> 正戦論とは、戦争を正当なものとそうでないものとに分ける考え方であり、正戦論によれば、戦争が正当であるための要件の一つとして、戦争の正当原因 (causa justa belli; justes causes de la guerre) の存在が必要とされる。戦争の正当原因が存在するところには、自らに対し「不正 (injuria; injure)」が行われることにはならない。例えばスアレス (Francisco Suárez) は、「(1)の正当かつ十分な原因とは、[戦争以外] 他の手段では回復され、または賠償され得ない重大な不正が行われる」ものである」と述べ、<sup>(40)</sup> グロティウス (Hugo Grotius) は、「戦争の正当原因は、我々が受けた不正以外にはあり得ない」と述べる。<sup>(41)</sup> 一八世紀の学説では、例えばヴォルフ (Christian Wolff) も、「国家間における戦争の正当原因是、既に行われたか、または行われようとしている不正以外にはない」と述べ、ヴァッテル (Emer de Vattel) は、「あらゆる正当戦争の根拠なし」原因是、既に行われたか、または行われるおそれのある不正である」と述べる。<sup>(42)</sup>

そして、正戦論において、戦争は、「不正」によってもたらされた侵害に対する救済手段であり、裁判および裁判決の執行と同様の法的性質を有するものとして捉えられる。<sup>(44)</sup> 例えば、伝統的なスコラ的正戦論をもつとも精緻に理論化したと評価されるアレスは、国家間においても「不正」の処罰が必要であるが、それにもかかわらず国家に上位する権威としての裁判制度が存在しないために、国家自らが *jurisdictio* (*potestas jurisdictionis*) を行使して行うものが戦争であると論じている。<sup>(45)</sup> グロティウスも、『戦争と平和の法』において、「戦争が生ずる源 (fuentes)」は、裁判が生ずる源と同じ数だけ存在する<sup>(46)</sup> ことは明らかである。なぜなら、裁判が尽きるところで、戦争が始まるからである (*ubi judicica deficiunt incipit bellum*)<sup>(47)</sup> と述べて、やはり戦争を裁判と同じ性質を有するものとして捉え、同書の第一巻第一章～第一九章では、「戦争が生ずる源」つまり戦争による回復の対象となる権利の具体的な内容を論じている。戦争が裁判と同様の法的性質を有する<sup>(48)</sup> ことは、正当戦争を行う国（者）が、自ら裁判官および執行官となつてスアレスの言う *jurisdiction* を行使し、侵害されている権利を回復する<sup>(49)</sup> ことである。<sup>(50)</sup>

戦争が権利の執行手段であるとする観念は、当時の国家実行においても存在していたと考えられる。もちろん、当時の国家実行における戦争の法的性質を明らかにする<sup>(51)</sup> ことは、容易なことではない。しかし、西洋法制史分野における研究成果に基づいて、次のように考へることができる。すなわち、中世ヨーロッパの戦争は、フェーデ (Fehde; faide; feud) の性質を有していた。フェーデとは、「中世ヨーロッパにおいて武装能力ある騎士的男性相互通あるいは彼らと団体、主に君主、貴族、都市との間で行われた戦争行為であ<sup>(49)</sup> り、中世ヨーロッパにおいて戦争とフェーデの区別は存在しなかつた。<sup>(50)</sup> つまり、「君主が行う戦争は大きなフェーデにほかならず、領主が行う小さな戦争も、ある種の『公共性』 (un élément de « publicité ») を帶びていたのである」。それは、「中世においては、

近代的意味での主権国家も国際社会も存在しなかつたからである<sup>(52)</sup>。フェーデは、そうした分権的社會における、「自らの権利のための戦い」(a fight for one's rights)であり、「侵害を受けたと考える君主、貴族、都市およびその他の者が侵害について救済を得られないときに開始された」<sup>(53)</sup>。フェーデは、無制限に許容される暴力行為ではなく、あくまでも「確固とした（近代的な）公權力が存在せずに、自らの利益は自らの力で守らねばならない社會」<sup>(54)</sup>における、侵害された権利の回復手段であったから、それが合法とされるためには、正当原因の存在が必要であった。この点について、オットー・ブルンナー(Otto Brunner)は、「合法なフェーデを行うための第一の、そして根本的な前提条件は、正当根拠の存在(das Vorhandensein eines rechtlichen Grundes)である。フェーデ、すなわち敵対関係は、権利のための闘争(Kampf ums Recht)であり、その目的は、報復、すなわち侵害された権利の回復(Wiedergutmachung des gekränkten Rechtes)である。そのような根拠が存在しない場合のフェーデは、合法なフェーデではなく、違法で、『邪悪な』フェーデ、あるいは『掠奪』、『不正戦争』、『横暴』である」と述べている<sup>(55)</sup>。

戦争を侵害された権利の回復・執行手段と捉え、戦争に訴える前提として正当原因なし正当根拠を要求する」の考え方は、正戦論とよく似ている。ハーゲンマッハ(Peter Haggenmacher)は、そのことを指摘して、「[中世ヨーロッパにおける]あらゆる形態の紛争は、実際には地域によってかなりの程度の差はあったが、それでも唯一の、そして同一の現実、すなわち *guerra* つまり封建的フェーデ(la faide féodale)から生じていた。これが、初期の正戦理論家たちの目の前にあつたものだ」<sup>(56)</sup>と述べている。つまり、正戦論は、当時の戦争(フェーデ)の慣行を踏まえつつ構築されたものであつて、フェーデと正戦論は、侵害された権利の回復手段と觀念された点において、共通していたのである。

## 2 捕獲による権利の実現・「法上弁済」の法理

### 伝統的国際法における敵船・敵貨捕獲の正当化根拠（一）

戦争を、権利を侵害した国（者）に対して権利を有する側の国（者）が行う権利の回復手段と捉える当時の学説・国家実行において、後者の国（者）は、侵害された権利に相当する分の物を敵から奪つてその所有権を取得し、それによって侵害された権利を回復できるものと考えられた。例えば、ヴィトリア（Francisco de Vitoria）は、「正当戦争において捕獲されたすべての物が、不正に奪われたものや、「戦争に要した」費用の十分な賠償の分まで、それを占有する者のものとなることは、疑う余地のない」とある。それは、戦争の目的なのであるから、証明を要しないことである<sup>(57)</sup>と述べている。グロティウスは、『戦争と平和の法』第三巻第六章において、「自然法によれば、正当戦争によつて我々は、我々に対する債務であるが他の方法では「= 戦争による以外は」得ることのできない分に相当するもの、または、加害者に対する刑罰の公平な範囲内で損害をもたらすものを取得する（acquiruntur）」と述べている。<sup>(58)</sup>プーフェンドルフ（Samuel Pufendorf）は、一六八八年の『自然法および国際法八巻』第八巻第六章において、「自然法および良心によれば、正戦において、人は、敵が所有している物のうち、自らが債権を有しているところの物またはそれに相当する物、敵が支払いを拒否したために戦争が起こったところのもの、ならびに彼が実力によつて権利を回復するためには、費用を満たす物を取得することが許される」と述べている<sup>(59)</sup>。一八世紀に入つても、例えばヴォルフは、一七六四年（初版は一七四九年）の『科学的方法により考察された国際法論』第八四九節において、「正当戦争においては、債権——これには、刑罰もまた含まれる——や戦争遂行にかかる費用を回収し、または敵の行動能力（vires agendi）を減殺するために、敵のいかなる動産をも捕獲する（capere）ことが許される」と述べている<sup>(60)</sup>。ヴァッテルも、一七五八年の『国際法』第三巻第一三章第一九三節において、「敵を弱体化させるために（第一六〇節）、また、場合によつては敵を处罚するために（第一六二節）

敵に属する財産を奪う (enlever) ことが許されるならば、正当戦争においては、賠償の一種として (par une espèce de Compensation) 敵の財産を取得する (s'approprier) りとも許される。これを、かの法律学者たちは『法上弁済』 (*expletio juris*) と呼ぶ (第一六一節)<sup>(61)</sup> と述べている。

こうした観念は、当時の戦争の慣行、すなわちフェーデの慣行にも内在していたと考えられる。この点について、レードリッヒ (Fritz Redlich) は、次のように述べている。「フェーデの場合において、フェーデ当事者の直接の臣民、臣下および援助者は、相互に敵となつた。個々のフェーデの究極的な問題が何であれ、こうした意味での敵に対する最大限の損害を課すことは、フェーデの直接的目的であつた。掠奪 (looting) は武器であり、掠奪の結果である捕獲物 (booty) は、中世から少なくとも一七〇〇年までの間において、二つの目的のために使われた。それは第一に、フェーデ (後の時代にあつては戦争) を宣言する対象となる者によってなされたと考えられる侵害の賠償に充てるいへ (exacting reparation for wrong) であり、第二に、フェーデを行ふ貴族 (後の時代にあつては戦争を行う君主) が必要とする援助者、すなわち傭兵を集めることであつた」<sup>(62)</sup>。レードリッヒが指摘する捕獲の二つの目的のうち、第一の目的が、捕獲による権利の回復・実現に相当する。

なお、レードリッヒが指摘する第二の目的、すなわち捕獲物によって「傭兵を集める」機能は、当時の慣行上、重要な位置を占めていた。この点について、山内進は、次のように述べている。「兵士は、自前で殆どすべてのものを揃え、共に行軍した家族を養わねばならなかつた。酒保商人はそのためになくてはならない存在だつた。兵士は給与で彼らから必要なものを買い、生活した。しかし、給与は決して十分なものではなく、しばしばまったく払われないことがえあつた。そのとき、彼らは当然のように『叛乱』を起こし、掠奪し、捕獲し、戦利品を売り、その利益を自分のものとした。これは極めてひんぱんに発生したが、そもそも傭兵の雇主＝君主は最初から掠奪によ

る補足を見込んで給与の額を設定したという。『軍事革命』の最初の担い手であるオランダの傭兵隊の紀律が比較的厳正に維持され得たのは、兵士に規則正しく相当程度の給与が支払われたからである。掠奪は、軍隊の国家化が完成する以前においては、（酒保）商人を仲立ちとして、軍の存在のうちに、いわば構造化されていたのである。<sup>(63)</sup>当時の学説においてもこうした現実はよく認識されており、そのため、学説では、捕獲物の分配問題（捕獲物を君主、軍指揮官、兵士といった者の間でどのような割合で分配するか）が重要な論点となっていたのである。<sup>(64)</sup>

以上のように、一八世紀までの学説・國家実行において、正当戦争（または正当なフェーデ）を行う国（者）には、侵害された権利に相当する物を敵から奪い、その所有権を取得する」とによつて、権利を回復・実現する権能が認められていた。この権能は、先に引用したヴァッテルが明確に述べているように（注（61）を付けた本文を参照）、「法上弁済（*expletio juris*）」の法理に基づくものであつたと考えられる。法上弁済とは、グロティウスによれば、自らの所有物を他人が保持して返還しない場合、または自らに対する債務が履行されない場合に、「私の物を保持している者または私に対し債務を負つている者から、〔所有物または債権と〕ちょうど同じ価値のある他の何かを受領する（*accipio*）」ことであり、グロティウスは、自然法の作用による所有権の承継取得の一つとしてこれを挙げる。<sup>(65)</sup>グロティウスによれば、国家法では、実力による自らの権利の回復は禁じられているから、法上弁済の法理は、一定期間裁判所が機能停止する場合（*judicia continuae cessant*）にのみ妥当する。<sup>(66)</sup>しかし、国際社会は、裁判所が恒常に機能停止している（そもそも存在しない）社会であるから、法上弁済の法理が常に妥当するのである。<sup>(67)</sup>法上弁済の法理に基づき捕獲できる財産は、海上財産に限られず、陸上財産も含まれた。捕獲に関する当時の学説・国家実行上、陸上財産と海上財産は特に区別されず、両者の違いは、例えばグロティウスが、敵人以外の者（つまり中立人）が所有する物であつて敵国領土内にあるものの扱いと、敵人以外の者が所有する物（つまり中立

貨) であつて敵船上にあるものの扱いとを分けて検討している点<sup>(68)</sup>——ただし、結論的には、いずれの場合も物の所在地ではなく、所有権が敵人に属するか否かで捕獲の可否が決まるので、陸上財産も海上財産も同一の原理に服していることになる——や、捕獲物の分配に関する慣行が陸と海とで異なると指摘している点に現れるくらいである。後述するように、陸上私有財産が捕獲の対象とされなくなる（他方、海上私有財産はなお捕獲の対象のままとされる）のは、一八世紀末ないし一九世紀初頭頃のことであり、それより前の時代には、陸上財産も海上財産も、同じようく捕獲の対象となっていたのである。

法上弁済の法理に基づき捕獲できる財産の範囲は、敵によつて侵害された権利に相当する物であるが、それに加え、戦争遂行に要した費用の回収も含まれるものとされた。正当戦争（正当なフェーデ）を行う国（者）が戦争といふ費用のかかる行為に訴えざるを得なかつた原因と責任は、不正を行つた国（者）にあるのだから、その費用は、後者の国（者）が負担しなければならないという趣旨である。この点は、前記のヴィトリア、プーフェンドルフ、ヴォルフなどの引用文中に現れているが、ヴォルフは、別の箇所でより明確に、「また、正当戦争を行う者は、自然に基づき、戦争において要した費用の支払いを受けることができる。正当戦争を行う者は、武力によるのではなければ権利を実現できないからこそ敵に対して力を行使して権利を追及しているのだから、他方の側、つまり不正戦争を行つてゐる側は、戦争遂行に要した費用を支払わなければならない」<sup>(71)</sup>と述べている。

なお、ヴォルフやヴァツテルなど一八世紀の学説においては、「取立金 (contribuciones militares; contribution)」の制度——ヴォルフやヴァツテルが言うところの「取立金」には、金銭の取立てだけではなく、軍の給養に必要な物品の取立て、つまり後の時代の陸戦法規における現品徵發を含んでいた——は、戦争遂行の費用を敵人に負担させるための制度として説明されていた。<sup>(72)</sup>取立金や徵發は、もともとは、三十年戦争中に、都市などが敵軍に

金銭を支払い、または軍に必要な物品を提供する代わりに掠奪と放火を免れた実行（免焼金（Brandschattung）<sup>(73)</sup> 支払いの実行）に由来する。この実行は、もともとは、交戦国軍隊が有している掠奪権を、住民が金銭により買取るものと捉えられたが、ヴォルフやヴァッテルは、これを、正当戦争を行う国が戦争遂行の費用を取り立てるための制度として、再構成したのである。

以上のように、法上弁済の法理により正当化が可能な捕獲の範囲は、侵害された権利および戦争遂行に要した費用に相当するものである。このことは、原理的には、少なくとも次の三つのことを意味する。第一に、不正戦争を行なう国は、そもそも敵に属する物を捕獲することはできない。第二に、正当戦争を行う国であっても、侵害された権利および戦争遂行に要した費用の限度を超えて物を取得することはできず、その限度を超えて捕獲した物は、所有者に返還しなければならない。第三に、敵に属しない物は、捕獲できない。

後述するように（二四）、第一および第二の原理は、一八世紀以前の学説においても必ずしも厳格に貫かれておらず、かなり大幅な修正を受けていたのであるが、第三の原理は、学説上も国家実行上も厳格に維持されていた。例えば、グロティウスは、「敵のものではない物は、仮に敵国内にある場合であっても (est i apud hostes reperi-antur)、捕獲者のものとなることはない。なぜなら、そうする」と「=敵のものではない物を捕獲する」と] は、自然法に合致しないし、ユース・ゲンティウムにも導入されていない」とだからである (nec jure gentium intro-ductum est)」と述べている。<sup>(74)</sup> 後述するように（二四）、グロティウスは、「敵から奪い取った物」のユース・ゲンティウム (jus gentium) における扱いについて、自然法上の扱いと異なり、「ユース・ゲンティウムにおいては、正当原因のために戦争を行う者だけでなく、正式戦争におけるいかなる者もまた、いかなる限界も抑制もなく (sine fine modoque)、敵から奪い取つたものの所有者となる」と述べ、前記の第一および第二の原理を大幅に修

正するのであるが、「敵のものではない物」については、ユース・ゲンティウムにおいてさえ、交戦国による捕獲の対象とならないといつては（グロティウスにおける「ユース・ゲンティウム」の概念については後述する）。

国家実行上も、敵に属しない物を捕獲できないという原則は、少なくとも海上捕獲の分野では、かなり古くから確立していた。例えば、一三五一年にイングランドとカステイリヤ王国が締結した条約や、一三五三年にイングランドとポルトガルが締結した条約において、一方締約国の臣民が敵船を拿捕し、同船上に他方締約国臣民に属する貨物を発見した場合、当該貨物はその所有者に返還される旨が規定されていた<sup>(76)</sup>。また、敵船以外の船舶が敵貨を輸送する場合に、敵貨のみを没収し、船舶自体は没収せずに船舶所有者に返還すること、そして、同船が敵貨を目的地まで輸送したならば得たであろう運賃を船長に支払う旨の命令が、一三四六年、一三七五年および一三七八年にイングランド国王によつて発せられた例がある<sup>(77)</sup>。さらに、一三世紀末～一四世紀半ば頃にバルセロナで編纂されたとされるコンソラート・デル・マーレは、第二七六章において、「敵(enemics)」に属する船舶および貨物が捕獲されることを規定する一方、「友(amicis)」に属する船舶および貨物は捕獲されない旨を規定していた<sup>(78)</sup>。コンソラート・デル・マーレ第二七六章に規定された原則、すなわち、海上捕獲の対象を敵船および敵貨（敵船で輸送されるものと中立船で輸送されるものの両方を含む）に限定し、中立船および中立貨を捕獲しないという原則は、当時のヨーロッパにおいて一般的に受容されていたと言われる<sup>(79)</sup>。

敵船および敵貨以外の物を捕獲しないのは、それらを捕獲する根拠がないという原理的な理由のほかに、政治的な背景も存在したと言われる。例えばガーディナー(D. A. Gardiner)は、一九三二年の論文において、敵に属しない船舶や貨物を捕獲しないという規則が「一三七八年より少し前のいづれかの時点」で確立したと述べ、そつた規則が確立した背景として、復仇制度を挙げている<sup>(80)</sup>。すなわち、「[中立人が]敵と交通しているというだけの理

由」で中立船や中立貨を海上捕獲してそれらを返還しない場合、当該中立人は君主から復仇免状を得て復仇に訴えることがしばしばあり、この復仇に対してもうるに復仇で応じれば (counter-reprisals)、両国間の戦争に発展する恐れがある。戦争になれば、両国間の通商は完全に断絶されることになるから、交戦国としてもそうした事態はできるだけ避けたいと考える。そのために、中立船と中立貨については、海上捕獲の対象から除外する実行が生じたというのである。マルスデン (R. G. Marsden) も、一四世紀当時の海上捕獲について述べる文脈で、「敵貨を輸送する友の船舶 (a friend's ship) を没収する」とは、政治的理由から得策ではない (inexpedient) ことがすぐに明らかになった」と述べる。<sup>(81)</sup> いかなる意味で「得策ではない」のか、マルスデンは何も述べていないが、おそらくその趣旨は、ガーディナーと同じく、中立船や中立貨の捕獲が、中立国からの復仇を招き、それが最終的には戦争に発展する事態を回避する必要があったとの指摘であろうと思われる。

(1) 海上捕獲法において「敵船」とか「中立船」と言うときの船舶は、主として私船を意味する。公船のうち、敵軍艦は、攻撃の対象となるほか、戦利品 (booty; butin; Beute) として拿捕・没収の対象となる。敵軍艦および敵軍艦内の敵貨は、拿捕または押収によって直ちに没収の効果が生ずる点で、捕獲審査所の検定によってはじめて没収の効果が生ずる私船およびその貨物の海上捕獲とは区別される。敵公船のうち軍艦以外のものの戦争法上の地位は明らかでない部分が多いが、立作太郎が次のように述べている。「軍艦以外の公船の戦時国際法上の地位は明確に定まればり」といふ得ざるも、公船中、軍用に關係なきものにつき、攻撃に関して全然軍艦と同視すべからざる」とが認められんとするに至つた。但し拿捕の効果に関しては概して、其の公の行政に關係する公船にして商業に従事するものに非ざれば、之を軍艦同様に扱ひ、捕獲物と為すを要せずして、戦利品と為すを得ると認めらるるに至つた (ドイツ一千九百三十九年の捕獲審査令第三条参照)。立作太郎『戦時国際法論』(日本評論社、一九四四年) 三〇一頁。つまり、非商業目的に使用される公船は、攻撃の対象にはならないが、戦利品として拿捕・没収の対象にはなり、海上捕獲法は適用されないということである。他方、公船のうち、商業目的に使用されるものについては、私船と同様に海上捕獲法の適用対象になるとする国家実行がある一方、それ

し反対の実行もあつたが、ある。以上に引いては、Charles Rousseau, *Le droit des conflits armés* (Paris: Editions A. Pedone, 1983), pp. 287-290を参考。

(2) 拿捕 (seizure; capture; saisie; Beschlagnahme; Aufbringung) とは、船舶および／またはその貨物を没収する事由の存在することが明らかとなつた場合、または没収事由に該当する嫌疑があるために自国港において検査を行う必要がある場合において、交戦国の軍艦が当該船舶、貨物および乗員をその支配下に置くことをいう。拿捕は、軍艦から若干の士官（捕獲班）を派遣して指揮に服せることにより行われる。天候の不良またはその他の事故のため士官を派遣することが困難な場合には、軍艦の命令に従い進航せらるゝとむじやね。立・前掲注(1)六九一—六九三頁；高野雄一『國際法概論』全訂新版、下巻（弘文堂、一九八六年）五〇六頁。

(3) 捕獲審査所 (prize court; cour des prises; tribunal de prises; Prisengericht) とは、拿捕した船舶およびその貨物の没収の可否や拿捕の合法性等を検定する交戦国の国内機関である。どのような機関が捕獲審査を行ふか（司法機関か行政機関か、常設の機関かどうか等）は、国によつて異なる。例えば英國や米国などでは、平時から存在し、かつ、捕獲審査以外の事項についても管轄権を有する常設の裁判所が捕獲審査を行つた。英國では、「海事高等裁判所 (High Court of Admiralty)」が第一審の捕獲審査を行ひ、「枢密院司法委員会 (Judicial Committee of the Privy Council)」が第二審（終審）の捕獲審査を行つた（なお、海事高等裁判所は、一八七三年と一八七五年の最高法院法 (Supreme Court of Judicature Acts 1873 & 1875) により他の裁判所とともに高等法院 (High Court) に統合され、從来海事高等裁判所が有していた管轄権は、高等法院の一部である「檢認・離婚・海事部 (Probate, Divorce and Admiralty Division)」に移された）。米国では、連邦の地方裁判所 (district court) が第一審の捕獲審査を、連邦の最高裁判所 (Supreme Court) が第二審（終審）の捕獲審査を行つた。他方、常設の機関ではなく、戦時において特別に設置される機関が捕獲審査を行ふ國もあり、例えば日本はこのタイプの國であった。日本は、一八九四年の「捕獲審査令」(明治二七年勅令第一四九号) により、第一審の捕獲審査管轄権を「捕獲審査所」が、第二審の管轄権を「高等捕獲審査所」が行使するものと定めた(第一条)。捕獲審査所および高等捕獲審査所は、開戦の都度、勅令により設置されるものとされ(第九条)、例えば日露戦争や第一次大戦の際には、捕獲審査所が横須賀および佐世保の二カ所に、高等捕獲審査所が東京に設置された。捕獲審査所は、一名

- (4) 捕獲審査所が船舶または貨物の没収を検定するのと同様に condemnation; condamnation; Kondemnerung である。海上捕獲法において、没収 (confiscation; appropriation; Einziehung, Konfiskation) の効果は、捕獲審査所の検定によつてはじめて生ずるものとされ、交戦国が船舶またはその貨物を没収して所有権を取得するためには、必ず捕獲審査所による審査と検定を経ることを要するものとされた ("Toute prise doit être jugée" の原則)。この原則に関する研究として、Paul Reuter, *Etude de la règle: "Toute prise doit être jugée"* (Paris: Les Éditions internationales, 1933); Luigi Sico, "Toute prise doit être jugée": *Il giudizio delle prede nel diritto internazionale* (Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1971)。
- (5) 船舶を敵船と中立船とに分ける基準、および貨物を敵貨と中立貨とに分ける基準については、一一〇述べる。また、一二〇述べる通り、敵船上の中立貨および中立船上の敵貨の扱いについては長年にわたり国家実行が分れていたが、一八五六年パリ宣言（本稿注（13））は、戦時禁制品に該当する場合などを除き、敵船上の中立貨および中立船上の敵貨を沒収できないものと定めた。
- (6) 戰時禁制品 (contraband of war: contrebande de guerre: Kriegskonterband) とは、船舶により海上輸送される物品のうち、戦争の用に供され得る性質を有し (susceptible of belligerent use)、かつ、敵性仕向地 (hostile destination) を有するもののことをいう（典型的には、武器や弾薬などが敵国の港に向かって輸送される場合）。交戦国は、戦時禁制品を輸送する船舶を海上（中立国領水を除く）で拿捕し、捕獲審査所の審査・検定を経て、戦時禁制品たる貨物を没収することができる。戦時禁制品輸送船および同船上の戦時禁制品以外の貨物（非禁制品貨物）をどのよくな場合に没収であるかについては国家実行が分かれ、英國は、①戦時禁制品たる貨物と同一所有者に属する輸送船および非禁制品貨物、②虚

偽の書類をもつて航海する戦時禁制品輸送船および同船上の非禁制品貨物、ならびに③船舶の所属国と捕獲国との間の条約において戦時禁制品と明記された物品を輸送する船舶および同船上の非禁制品貨物を没収した（英國主義）。他方、フランスは、一七七八年以降、戦時禁制品たる貨物が船内の貨物全体の価額の四分の三以上を占める場合には、戦時禁制品輸送船および同船上の非禁制品貨物を没収した（フランス主義）。以上については、立・前掲注（1）五七〇—六〇〇頁、田岡良一『國際法學大綱』下巻（巖松堂書店、一九三九年）三四〇—三五九頁、信夫・前掲注（3）八五八—一〇八三頁を参照。

(7) 封鎖 (blockade; blocus; Blockade) とは、交戦国が敵地（敵国領土または敵軍が占領する場所）の沿岸海域に艦隊を配置して封鎖線を張り、その線を越えて敵地と交通する船舶を拿捕することによって、敵地と外海との交通を遮断する行為である。交戦国は、封鎖を侵破する（breach a blockade）船舶を拿捕し、捕獲審査所の審査・検定を経て、封鎖侵破船およびその貨物のうち一定のものを没収することができる。封鎖侵破船が拿捕・没収の対象となることについて国家実行は一致しているが、封鎖侵破船の貨物をどのようの場合に没収できるかについては、これを常に没収するフランス主義と、①船舶と同一所有者に属する貨物、②戦時禁制品たる貨物、および③所有者が船積みの際に船舶が封鎖港に向かうことを知らないことを証明できない場合の貨物とが対立した。ただし、これら二つの主義の相違は、封鎖侵破船の貨物のうち、貨物の所有者が封鎖侵破の意図を知らないことを証明した場合にその貨物を没収するかどうかだけであり、国家実行が分裂していた程度は、海上捕獲法の中では小さい方であった。ロンドン宣言二条は、「封鎖を侵破したと認められる船舶は、これを没収する。その貨物も同様に没収する。ただし、貨物が船積みされた時点において荷積人が封鎖侵破の意図を知らないか、または知り得なかつたことが証明される場合は、その限りではない」と規定し、英國主義に近い立場を採用した。以上については、立・前掲注（1）六三三頁、田岡・前掲注（6）三一九—三一〇頁、信夫・前掲注（3）八三五—八三六頁、Charles Dupuis, *Le droit de la guerre maritime d'après les doctrines anglaises contemporaines* (Paris: A. Pedone 1899), pp. 232-233を参照。

(8) 非中立的役務 (unneutral service; Neutralitätswidrige Unterstützung) とは、敵国のためにする一定カテゴリーの人員および信書の輸送 (carriage of persons and despatches for the enemy) のことである。どのような人または信書の輸送が非中立的役務を構成するかについては、国家実行上明確でない部分が多くたが、例えばオッペンハイム (L. Op-

penheim) によれば、人については、①軍隊構成員であつて、戦闘に加わるため戦地に向かうものまたは戦地から戻るもの、②軍隊構成員ではないが目的地において軍隊構成員となるもの、③軍隊構成員ではないが重要な地位 (a prominent position) にあり捕えられれば捕虜となるもの（国家元首、閣僚等）や、目的地において武器・弾薬の購入などに従事する代理人として派遣される者がそれに該当するところ。オッペンハイムによれば、信書については、政治的な信書 (political despatches)、とりわけ戦争に関係するものを、敵国から、または敵国に向けて輸送する行為が非中立的役務を構成す。

Q. L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, Vol. 2, *War and Neutrality* (London: Longmans, Green, and Co., 1906), pp. 447-448, 451.

非中立役務に従事する船舶は拿捕され、捕獲審査所の検定を経て没収される。また、信書輸送の場合には当該信書が没収され、人の輸送の場合には当該人が捕虜となる。それ以外の貨物の処分については国家実行が分れたが、英國や日本などの慣行では、船舶と同一所有者に属する貨物を没収していた。なお、非中立的役務は、フランス語では「敵対的援助 (assistance hostile)」と呼ぶのが一般的である（一九〇九年ロンドン宣言のフランス語正文もこの言葉を用いる）。また、非中立的役務は、沿革的には戦時禁制品制度の一部であつた（）、および禁圧の方法が交戦国による海上捕獲に委ねられてくる点が似てる」とかい、一九世紀から二〇世紀初頭まで学説では、「類似禁制品 (analogous of contraband; contrebande par analogie; analogue Kontrebande)」と呼ぶのが多かった（前述のオッペンハイムの『』、「準禁制品 (quasi-contraband)」、「輸送役務 (service de transport)」「戦時禁制人 (contraband persons)」および「戦時禁制書 (contraband despatches)」などと呼ばれる）であつた。非中立的役務に関する様々な呼称については、立・前掲注（一）六四六-六四九頁。

(9) 拿捕事由には当たるが没収事由には当たらないものの例として、このほかに、例えば船舶書類の投棄・破毀・隠匿がある。船舶書類が投棄、破毀または隠匿される事実は、当該船舶および貨物について没収事由の存在する嫌疑が重大であることを示すものなので、臨検・捜索を経ず直ちに当該船舶を拿捕である。しかし、それはあくまでも嫌疑が重大であることを示すにとどまり、没収事由の存在を証明するものではないから、船舶書類の投棄・破毀・隠匿の事実そのものは没収事由に当たらなくなるのである。この点については、Oppenheim, *supra* note 8, pp. 466-467, 立・前掲注（一）六九〇頁。

(10) 「領水」や「領海」に対応する外国语としては様々な語があり（英語では territorial waters, territorial sea, littoral sea, coastal sea, marginal sea, maritime belt など）、フランス語では、eaux territoriales, mer territoriale, mer littorale,

mer côtière, mer adjacente, mer juridictionnelleなど)、同じ言葉が様々な意味で用いられることがある。例えば「territorial waters や eaux territoriales は、内水だけを意味する」もあれば、内水と領海の両方を含む意味で用いられる」とある。また、territorial sea や mer territoriale は、領海（基線の陸地側の水域を除く）のみを意味することもある。領海と内水（湾、内海、港など）の両方を含む意味で用いられる」ともある。横田喜一郎『国際法II』新版（有斐閣、一九七一年）二二四、二六〇頁。今日では、国連海洋法条約の影響もあって、基線より海側の沿岸海域を「領海（territorial sea; mer territoriale）」と、基線より陸地側の水域を「内水（internal waters; eaux intérieures）」と呼ぶのが一般的である。しかし、「内水」の語については、河川や湖沼をいれに含めるもの（例：藤田久一『国際法講義I・国家・国際社会』第二版（東京大学出版会、一九〇一年）二六〇頁）と、河川や湖沼は領土の一部であって内水には含まれないとするもの（例：山本草一『国際法』新版（有斐閣、一九九四年）三五二頁）があり、また、「領水」については、そめやむのの語を用ひなきもの（山本・前掲三五一頁）と、領海と内水の両方を含む意味でいの語を用ひゆる（藤田・前掲二六〇頁）とがある。海戦中立条約（“Convention concernant les droits et les devoirs des Puissances neutres en cas de guerre maritime,” Ministère des Affaires Étrangères, *Deuxième conférence internationale de la paix, La Haye 15 juin—18 octobre 1907: Actes et documents*, tome 1 (La Haye: Imprimerie Nationale, 1907), pp. 680–686; 「海戦ノ場合ニ於ケル中立國ノ権利義務」関スル条約）【官報】八五六七号号外（明治四五年一月二二日）六六一七一頁）では、「中立領水（les eaux territoriales d'une Puissance neutre）」および「中立水（les eaux neutres）」と云ふ言葉が用ひられてくる。」のように、「領水」や「内水」と云ふた語は様々な意味で用いられるが、いずれにせよ、中立国の領海の外側の限界よりも陸地側の海域・水域で臨検・捜索や拿捕を行つてはならないことに変わりはない。なお、本稿では、引用の場合を除く、国家領域たる海域のうち、基線より海側の海域を「領海」、基線より陸地側の海域を「内水」と呼び、領海と内水を合わせて「領水」と呼ぶ。

- (11) 國際法上、害敵手段を行使し得る場所のいふを「戦争区域（region of war; région de la guerre）」と云ふ。伝統的國際法では、中立国の領土、領水および領空を除くすべての地域およびその上空が戦争区域とされた。Oppenheim, *supra note 8*, p. 80; Rousseau, *supra note 1*, pp. 64–65; 立・前掲注(1)一一一—一五頁; 田岡・前掲注(6)一一六—一一七頁。臨検・捜索や拿捕は害敵手段であり、中立国領水内におこなわれを行つてはならない。このいふは、海戦中立条約第

11条りも規定されてゐる。

- (12) 中立国の軍艦は、臨検・搜索を免除されぬ。その根拠は必ずしも明瞭かではないが、軍艦は戦時禁制品輸送などに従事しながらのが普通であるから、軍艦はその本国の主権を表現してゐるが挙げられた。Dupuis, *supra* note 7, pp. 303-304; A. Pearce Higgins, "Le droit de visite et de capture dans la guerre maritime," *Recueil des cours*, tome 11 (1926), p. 104.

- (13) "Déclaration réglant divers points de droit maritime, signée par les Plénipotentiaires d'Autriche, de France, de la Grande-Bretagne, de Prusse, de Russie, de Sardaigne et de la Porte Ottomane, à Paris, le 16 avril 1856, "Nouveau recueil général de traités, conventions et autres transactions remarquables," éd. Charles Samwer, tome 15 (Göttingue: Librairie de Dieterich, 1857), pp. 791-792; 「海上法ノ要義ヲ確定スル為メ西暦千八百五十六年四月十六日里公爵ニ於ト決定セハ宣聞」『日報』111六号（明治10年11月14日）111九—111〇頁。

- (14) 一九〇七年の第一回ハーケ平和会議で採択された111の条約（Conventions）' 1 エクレア（Déclaration）なるもの

最終決議書（Acte final）シハ、海上捕獲に關係のあるものは次の通りである<sup>q</sup>。

- 第六条約：“Convention relative au régime des navires de commerce ennemis au début des hostilités,” Ministère des Affaires Étrangères, *supra* note 10, pp. 644-646; 「闘戦ノ際」於ケル敵ノ商船取扱い関スル条約】『日報』八五六七号除外（明治5年1月111日）111号—111〇頁。
- 第10条約：“Convention pour l'adaptation à la guerre maritime des principes de la Convention de Genève,” Ministère des Affaires Étrangères, *supra* note 10, pp. 658-663; 「ハニベサ」条約ノ原則「海戦」応用スル条約】『日報』八五六七号除外（明治5年1月111日）111号—111六号。
- 第11条約：“Convention relative à certaines restrictions à l'exercice du droit de capture dans la guerre maritime,” Ministère des Affaires Étrangères, *supra* note 10, pp. 664-667; 「海戦」於ケル捕獲權行使ノ制限「関スル条約】『日報』八五六七号除外（明治5年1月111日）111号—111六号。
- 第111条約：“Convention relative à l'établissement d'une Cour internationale des prises,” Ministère des Affaires Etrangères, *supra* note 10, pp. 669-678 (〔国際捕獲審査所の設立」に関する条約〕)。

なお、第一二条約は、署名国三三一、批准国〇、加入国一（一九〇九年一二月一六日にカラグアが加入）であり、未発効のままである。

- (15) "Déclaration relative au droit de la guerre maritime," *Proceedings of the International Naval Conference, Held in London, December 1908 February 1909*, Cd 5418, Miscellaneous No. 5 (1909), pp. 381-393. 海上捕獲法に関する国家実行は分裂が著しく、古くから、多くの問題について英國主義と呼ばれる立場（英國のほか、米国や日本などが概ね採用した立場）とフランス主義（フランスのほか、ロシア、ドイツ、イタリアなど）が概ね採用した立場）とが対立してきた。海上捕獲に関する一般条約としては、一八五六年のパリ宣言（本稿注（13））があるが、この宣言は、①私掠の廃止、②中立船上の敵貨の非没収、③敵船上の中立貨の非没収、④封鎖の実効性、という四つの原則を定めただけであり、これら以外の問題については、國家実行の分裂した状態がその後も続いた。こうした状況において、海上捕獲法の統一を図るために主要海軍国（カ国（ドイツ、米国、オーストリア＝ハンガリー、スペイン、フランス、英國、イタリア、日本、オランダ、ロシア）を集めて開催されたのがロンドン海軍會議（一九〇八年一二月～翌年二月）であり、同會議においてロンドン宣言が採択・署名されたが、会議の主催国である英國を含めいずれの国もこれを批准しなかつたために、結局発効しなかった。

- (16) 国家間の条約ではなく、民間団体が作成したものであるが、海上捕獲その他の海戦法規について論ずる際にしばしば参照される文書として、イタリアのサンレモにある人道法國際研究所（International Institute of Humanitarian Law）が一九九四年に作成した「海上武力紛争に適用される國際法に関するサンレモ・マニュアル」（以下「サンレモ・マニュアル」という）がある。サンレモ・マニュアルは、一見すると、海戦法規全体を包括的に取り扱うもののように見えるが、主に海軍の現場指揮官が参考することを念頭に作られたものであり、捕獲審査所において問題となる論点については、判断を回避していることが多い。例えば、戦時禁制品を輸送する中立船について、「禁制品の輸送に從事する中立商船またはそれに從事していると合理的に疑われる中立商船は、拿捕の対象となり、一定の条件の下で没収し得る。中立商船が没収される条件は、様々である。いずれにせよ、没収は適切に構成された捕獲審査所の決定に依存する。したがって、船長または船主が貨物が禁制品であることを知っているかどうかや、禁制品が『価格、重量、容積または運賃で計算して貨物の半分以上である』（一九〇九年ロンドン宣言第四〇条）ことを知っているかどうかは、重要ではない」と述べている。

要するに、現場指揮官にとっては、禁制品輸送が中立船の拿捕事由であることが重要なのであって、それが没収の事由になり得るかどうかは捕獲審査所のみに関わる問題である。International Institute of Humanitarian Law, *San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea: Prepared by International Lawyers and Naval Experts Convened by the IIHL* (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), p. 213 (para. 146.3).

- (17) 戦後の我が国における海上捕獲法研究の業績としては、例えは次のものがあるが、いずれにおいても、議論の焦点は交戦国船舶の捕獲ではなく、第三国（中立国）の船舶およびその貨物の捕獲が中心に論じられている。真山全「第二次大戦後の武力紛争における第三国船舶の捕獲」(1) (1)・完)『法学論叢』第一一八卷一号（一九八五年）六八一九六頁、第一一九卷三号（一九八六年）七五一九四頁；真山全「海上経済戦における中立法規の適用について」『世界法年報』第八号（一九八八年）一七一三一頁；新井京「イラン・イラク戦争における海上経済戦：その国際法上の意味」『京都学園法学』第二・三号（一九九九年）三八七一四三二頁；新井京「国連憲章下における海上経済戦」『グローバル化する世界と法の課題』（東信堂、一〇〇六年）一一七一五九頁。
- (18) Stephen C. Neff, "The Prerogatives of Violence: In Search of the Conceptual Foundations of Belligerents' Rights," *German Yearbook of International Law*, Vol. 38 (1995), p. 42.
- (19) ただし、戦時禁制品捕獲と封鎖の法的性質、制度趣旨なし正当化根拠については、やまざらまな考え方があり、本文に書いたのはあくまでもそつした考え方のうちの一につき過ぎない。この問題については、別稿で論ずる予定である。
- (20) 慣習国際法および条約国際法上、次の場合には、敵船または敵貨であっても拿捕および没収の対象とならない（監査・捜索の対象にはなる）。すなわち、①カーテル船（軍使の座乗する船舶および捕虜交換のために使用される船舶）、②一九〇七年ハーグ第六条約（本稿注（14）参照）が適用される船舶（戦争開始の際に交戦国の港内にある敵船等）、③一九〇七年ハーグ第一〇条約（本稿注（14）参照）が適用される病院船、④一九〇七年ハーグ第一一条約（本稿注（14）参照）が適用される船舶および貨物、すなわち、(i)「郵便信書」（第一条）、(ii)「専ら沿海漁業又ハ地方的小航海二用井ラルル船」（第三条）、(iii)「宗教、学術又ハ博愛ノ任務ヲ帯フル船舶」（第四条）である。このうち、①および④(iii)のカテゴリーに属する船舶の捕獲免除は、慣習国際法上の規則であるとされる（ただし、④(iii)の拿捕・没収免除は、

慣習国際法上は当該船舶が敵国から通航券 (pass) を受けていることを条件とするのに対し、条約国際法上はそれを条件としない）。これに対して、②、③、④（i）および④（ii）は、条約上の捕獲権制限に過るるに該する。以上についてとは、田岡・前掲注（6）111六一三一八頁。

(21) 一九〇七年ハーグ陸戦規則 (“Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre: Annexe à la convention: Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre.” Ministère des Affaires Étrangères, *supra* note 10, pp. 629-637; 一九〇七年ハーグ第四条約附属書「陸戦ノ法規慣例」『関スル規則』『官報』八五六七号等外 (明治四五年一月二三日) 二六一(二九頁) 第四六条、第四九条、第五二条、第五三条二項など) なお、後述するよう(1)(II)-I、陸上私有財産非没収の原則が確立したのは一九世紀初頭頃の事であつて、一八世紀以前には、敵人の財産は、陸上にある場合も海上にある場合も同様に捕獲の対象となつてゐた。

(22) “イッやは” das Prisenrecht (海上捕獲法) を das materielle Prisenrecht (捕獲実体法) と das formelle Prisenrecht (捕獲手続法) とに分け、das materielle Prisenrecht が“ルル” das Seebeuterecht (敵船・敵貨捕獲)、das Konterbanderrecht (戦時禁制品)、das Blockaderrecht (封鎖) などの諸制度に分けらる。Georg Schramm, *Das Prisenrecht in seiner neuesten Gestalt* (Berlin: E. Siegfried, 1913), S. 28-30.

(23) 海上捕獲法における敵性 (enemy character; caractère ennemi; feindliche Eigenschaft) の問題は、(ト) に注

(26) に掲げらるトトカム (Sidney H. Brown) の著書のほか、Schramm, oben Ann., S. 120-128; Colombos, *supra* note 3, pp. 67-120; Julius Stone, *Legal Controls of International Conflict: A Treatise on the Dynamics of Disputes- and War-Law* (London: Stevens & Sons Limited, 1959), pp. 460-477; 田岡・前掲注（6）111一三一八頁などを参照。なお、敵性の決定基準が問題になるのは海上捕獲法に限らず、例えば対敵取引 (trading with the enemy) の禁止——交戦国が、自国民および自國に在留する外国人に対し、敵人との取引を禁止する——の場合にも敵性 (自国民および在留外国人に対し取引を禁ずべき相手方たる「敵人」の範囲) は問題となる。しかし、敵性の決定基準は、それが問題となる分野(ト)に異なり得るのであり、海上捕獲法における敵性の決定基準と、例えば対敵取引の禁止における敵性の決定基準は、同一である必然性はない。この点について Robert W. Tucker, *The Law of War and Neutrality at Sea* (Washington: United States Government Printing Office, 1957), pp. 84-85.

(24) この場合の所有者とは、拿捕の時点で当該貨物に所有権を有している者のことである。拿捕の時点での所有権の所在が問題だとすれば、それを決定する準拠法はどの国の中であるか（あるいは国際法なのか）とか、敵人が所有権を有する物に対して中立人が担保物権を有する場合にどうなるのかとか、所有権移転の時期（船積みの時点で所有権が移転するのか、貨物が仕向地に到着したときに所有権が移転するのか）といったことが問題となるが、これらの問題について論じたものはあまり見当たらない。管見の範囲では、これらの問題についてもともと詳しく述べているのは、Stone, *supra* note 23, pp. 468-477である。

(25) 英国主義における「住所 (domicile)」は、通常の住所（人が固定的な生活の本拠をもち、そこを離れても帰来する意思をもつてゐる場所）（田中英夫編集代表『英米法辞典』（東京大学出版会、一九九一年）二七二頁）と異なり、海上捕獲法上特別の意味を有する概念である。具体的には、中立国に生活の本拠をもつ場合であっても、敵国において商館、工場、鉱山などを経営する場合には、敵国に住所（商業上の住所 (commercial domicile; trade domicile in war)）を有するものとされ、敵人として扱われた（英國主義は、これと逆のケース、すなわち、敵国に生活の本拠をもつ者が中立国に産業上の住所を有する場合にも、その者の敵性を肯定した）。田岡・前掲注（6）二〇八—二一〇頁。

(26) Sidney H. Brown, *Der neutrale Charakter von Schiff und Ladung im Prisenrecht* (Zürich: Art. Institut Orell Füssli, 1926), S. 79-82.

(27) Ibid. S. 30-35.

(28) 船舶の所有者が、戦争開始または戦争中に、船舶の国籍を交戦国から中立国に移すこととがしばしば行われる。いへした船舶の国籍移転 (transfert de pavillon) の有効性については、戦争開始の直前または戦争開始後に行われたものであつても、移転が善意 (bona fide) かつ完全に (absolutely) 行われた場合には有効なものと認める英國主義と、戦争開始後の国籍移転は原則としてこれを無効とし、所有者の側から善意（国籍移転が捕獲を免れる目的をもつてなされたものでないこと）を立証しない限り敵船として扱う（戦争開始前の国籍移転については、原則としてそれを有効と認めるが、国籍移転を証明する書類を船内に備えていない場合には敵船として扱う）フランス主義とが対立していた。ロンドン宣言第五七条一項の前半部分にある「国旗の移転に関する規定」とは、この問題について定めた同宣言第五五条および第五六条のことであり、英國主義とフランス主義とを折衷する内容のものとなつていて、以上については、田岡・前掲注（6）

二〇一頁；信夫淳平『戦時国際法講義』第一巻（丸善、一九四一年）八七〇—九二三頁；Colombos, *supra* note 3, pp. 105–115.

- (29) ロンドン宣言第五七条二項は、「中立船が平時において禁止されている（réservé）航海に従事する場合は、本条の対象外であり、本条の適用を受けないものとする」と規定する。いわゆる「一七五六年規則（the rule of 1756）」が第五七条一項によつて影響を受けないとを定めたものである。一七五六年規則とは、一七五六年に英仏間で開戦した七年戦争において、英國の海軍力に圧倒されて自國船舶のみによつては自國と植民地との間の貿易を維持できなくなつたフランスが、オランダ船に特許を与え、平時においては自國船にのみ許して貿易（植民地貿易やカボタージュ）に従事させたことに対し、英國がこの種のオランダ船を敵船と見なして捕獲したことに由来する。七年戦争以降も英國により維持されたこの実行は、「一七五六年規則」と呼ばれる。一七五六年規則については、日露戦争中に我が國がこの規則を適用して米国船モンタラ号（Montara）を捕獲した例があるが、植民地貿易独占制が一般にとられなくなつた一九世紀以降、この規則の適用例はほとんどないといわれる。ただ、一七五六年規則については、学説上も國家実行上もその合法性について争いが多かつたために、ロンドン宣言もこれについて明確な規定を置くことを避け、第五七条二項のような規定になつたのである。以上については、田岡・前掲注（6）二〇一—三〇三頁；信夫・前掲注（3）六四四—六四六頁。
- (30) 例えば、一九九四年のサンレモ・マニュアルは、パラグラフ一一七に付けたコメントリーにおいて、「所有に関して、所有者の敵性を国籍原則により決定するか、住所原則により決定するかは、未解決の問題である。ラウンド・テーブルも、この問題について合意に達することができなかつた」と述べ、やはりこの問題を未解決のままとしている。International Institute of Humanitarian Law, *supra* note 16, p. 193 (para 117).
- (31) いの点に留意せよ。J. H. W. Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, Part 9-C, *The Law of Maritime Prize* (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1971), pp. 206–219. ふつふつ、人々や船舶の「国籍」いう観念が成立したのはそれほど古いことではなく、船舶について「一九世紀初頭頃（水上千之）『船舶の国籍と便宜置籍船』（有信堂高文社、一九九四年）二二一—二三三頁」、人について「一八世紀末ないし一九世紀初め頃」と言われる（平賀健太『国籍法』上巻（帝國判例法規出版社、一九五〇年）一頁）。
- (32) この問題に関する以下の記述については、板倉卓造『近世国際法史論』（巖松堂書店、一九一四年）二八七—二四九頁；田岡・前掲注（6）一八六—一九一頁を参照。

## 伝統的国際法における敵船・敵貨捕獲の正当化根拠（一）

(33) "Droit maritime connu sous le nom de Consulat de la Mer," *Collection de lois maritimes antérieures au XVIII<sup>e</sup> siècle*, éd. J. M. Pardessus, tome 2 (Paris: Imprimerie Royale, 1831), pp. 303-307. ロハノマー・トル・マー＝ロードは、

松隈清「ロハノマー・トル・マー」国際法学会編『国際関係法辞典』第二版（三省堂、1100五年）四〇一頁を参照。

(34) パリ宣言については、本稿注(13)参照。パリ宣言は、(i) 私掠の廢止（私船ヲ拿捕ノ用ニ供スルハ自今之ヲ廢止スル事）、(ii) 中立船上の敵貨の捕獲免除、すなわち中立船上の貨物についての自由船・自由貨主義の採用（局外中立

国ノ旗章ヲ掲クル船舶ニ搭載セル敵國ノ貨物ハ戦時禁制品ヲ除クノ外之ヲ拿獲スヘカラサル事）、(iii) 敵船上の中立貨の捕獲免除、すなわち敵船上の貨物についてのコンソラート・デル・マーレ主義の採用（敵國ノ旗章ヲ掲クル船舶ニ搭載セル局外中立國ノ貨物ハ戦時禁制品ヲ除クノ外之ヲ拿獲スヘカラサル事）、および(iv) 実効的封鎖の原則（港口ノ封鎖ヲ有効ナラシムルニハ実力ヲ用キサルヘカラス即チ敵國ノ海岸ニ接到スルヲ實際防止スルニ足ルヘキ充分ノ兵備ヲ要スル事）といふ四つの規則のみを定めたく簡潔な条約である。

(35) 条約文には、批准書や加入書の寄託者に関する規定が置かれるのが通常であるが、パリ宣言には寄託者に関する規定が存在しない。この点について、ロバーツ(Adam Roberts)およびゲルフ(Richard Guelff)は、「英國の外務省は、英國が寄託者であると述べている。これに加え、フランスの外務省は、同省が何通かの加入書を受領したと述べている」と述べ、英国外務省およびフランス外務省に照会して確認した結果として、パリ宣言の当事国数を「五一カ国」としている。

ロバーツおよびゲルフによれば、これら五一カ国以外で、ニューグレナダおよびウルグアイがパリ宣言全体に拘束される旨の同意を表明し、ベネズエラがパリ宣言第一、第三および第四規則に拘束される旨の同意を表明しているが、正式の加入書が寄託された事実は確認できないという。また、フランス外務省が一九九七年に提示したリストには、ブルガリアが当事国として挙がっているとのことであるが、ロバーツおよびゲルフによれば、ブルガリアがパリ宣言に拘束される意思を表明したか否かは定かでなく、いずれにしても正式の加入書が寄託された事実は確認でないところ。Adam Roberts and Richard Guelff, eds., *Documents on the Laws of War*, 3rd ed. (Oxford: Oxford University Press, 1999), pp. 48, 50-51. なお、赤十字国際委員会は、ロバーツおよびゲルフがパリ宣言の当事国として挙げる五一カ国に加え、ブルガリア、ヒューグレンダ、ウルグアイおよびノルウェー（ロバーツおよびゲルフは、ノルウェーについて、一八五六年当時一つの国を構成していた「スウェーデン＝ノルウェー」についてカウントしている）の四カ国を加えた五五カ国をパリ宣言の当事国

ルトヨリ挙げてゐる。http://www.irc.org/applic/ihi/ihiinst/Statesxsp?xp\_viewStates=NORMStatesParties&xp\_treatySelected=105 (accessed 26 May 2014).

(36) 米国は、私掠の廃止に関する第一規則じへこゝせ、いれらが「國際法の確立した規則」みなひへこゝゑりしを受け入れなかつたが、中立船上の敵貨の扱いに関する第一規則および敵船上の中立貨の扱いに関する第三規則、なんらかに実効的封鎖に関する第四規則じへこゝせ、いれらが「國際法の確立した規則」みなひへこゝゑりしを認めたのである。J. B. Moore, A Digest of International Law, Vol. 7 (Washington: Government Printing Office, 1906), pp. 452-453.

(37) Stephen C. Neff, War and the Law of Nations: A General History (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), p. 57.

(38) Randall Lesaffer, "A Schoolmaster Abolishing Homework? Vattel on Peacemaking and Peace Treaties," in Vattel's International Law in a XXI<sup>st</sup> Century Perspective, ed. Vincent Chetail and Peter Haggermacher (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011), p. 354.

(39) 日識論じへこゝせ、和川健太郎『伝統的中立制度の法的性格：戦争に巻き込まれながら権利とその条件』(東京大学出版会、11010年) 119頁およびよりじに挙げた文献を参照。

(40) Francisco Suárez, Selections from Three Works of Francisco Suárez, S.J.: De legibus, ac deo legislatore, 1612, De-fensio fidei catholicae, et apostolicae adversus anglicanae sectae errores, 1613, De triplici virtute theologica, fide, spe, et charitate, 1621, The Classics of International Law, Vol. 1, The Photographic Reproduction of the Selections from the Original Editions (Oxford: Clarendon Press, 1944), p. 804 (Disp. XIII, *De bello*, sec. 4, n. 1).本書の邦訳へこゝ、伊藤不二男「スマーチス国際法理論」(有斐閣、一九五七年) 101-1151頁を参照したが、本稿の訳はやや少しある。170な。

(41) Hugo Grotius, De jure belti ac pacis libri tres, The Classics of International Law, Vol. 1, A Photographic Reproduction of the Edition of 1646, with a Portrait of Grotius (Oxford: Clarendon Press, 1925), p. 101 (Lib. II, Cap. I, i).

(42) Christian Wolff, Jus gentium methodo scientifica retractatum, The Classics of International Law, Vol. 1, The Photographic Reproduction of the Edition of 1764 with an Introduction by Dr. Otfried Nippold, a List of Errata, and a Portrait of Wolff (Oxford: Clarendon Press, 1934), p. 221 (§ 617).

(43) E. de Vattel, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et*

*souverains*, Vol. 2, Photographic Reproduction of the Book III and IV of the First Edition (1758) (Washington, D.C.: The Carnegie Institution of Washington, 1916), p. 21 (Liv. III, Chap. III, § 26).

(44) リの点では、大沼保昭「戦争」大沼保昭編『戦争と平和の法』補正版（東信堂、一九九五年）一一八頁；太田義器『クロティウスの国際政治思想：主権国家秩序の形成』（ミネルヴァ書房、一〇〇〇年）一一一—一六三頁。

(45) “jurisdictio”や“potestas jurisdictionis”をどのように訳すかは難しい問題である。リの点について、太田義器は、「jurisdictio は dominium 同様に、難解な述語である。それはたんに司法権のみを意味して用いられてはいなかつた。ふじまとめるならば、それは〈政治社会のなかで正当性を帶びて行使される強制力〉を意味してゐた」と述べ、「jurisdiction」を「裁治権」と訳す。太田・前掲注(45) 一一八、一六〇頁。伊藤不二男は、リれを「裁判管轄権」と訳してゐる。伊藤・前掲注(40) 一六〇、一七七頁。

(46) Suárez, *supra* note 40, pp. 799, 804 (Disp. XIII, *De bello*, sec. 2, n. 1, sec. 4, n. 1).

(47) Grotius, *supra* note 41, p. 101 (Lib. II, Cap. I, ii).

(48) リベラル・リベラル・リバーリー、あるいは国が、本来平等であるはずの他国に対する*jurisdiction*を行使であるのはなぜか、という問題が生ずる。この点について、スアレスの正戦論について詳細な研究を行つた伊藤不二男は、次のように説明する（次の引用文における「裁判管轄権」は、“jurisdiction”および“potestas jurisdictionis”的訳である）。「刑罰は本来、上位の権威が自己的裁判管轄権に服従する者に対して行うべきものである。けれども、戦争はかかる服従者に対して行われるものではない。それは、本来は自己の裁判管轄権に服従するものでない者に対して、換言すれば、その戦争を宣言し実行する国家と平等なる他の主権的国家に対して行われる。しかもそれは刑罰権の行使である。とすれば、その戦争たる刑罰権の行使の対象となる国家が、戦争を宣言し実行する国家の裁判管轄権に服従する事由がなくてはならない」。それがすなわち、重大な不正である。その不正のため ratione delicti それを行つた国家は相手の国家の服従者となり、その国家の裁判管轄権に服することになる（sec. 4, n. 1）。リのようには、スアレスは説明する。伊藤・前掲注(40) 七四頁。こうした理論構成をとると、「同」の事件におよべ、同一の人が当事者であると同時に裁判官であることになる」が、なぜそれが可能なのかという問題がさらに生ずる。同上、七五頁。スアレスはこの問題をどう解決したか。伊藤は次のように説明する。「ついでスアレスは、この反対に対してもどのように答える。まず、上述の場合には、同一の人が当事者であると同時に

- 裁判官がなんらかを卒直に認める。しかし、かかるいとは「神」について認められることがあるが、公の権威はその神と類似したものである（sec. 4, n. 5）。「しかし、刑罰は、おひまら不正を処罰するために、神の命令によつて与えられたもの（sec. 4, n. 5）」として觀念された。従つて、主権国家が自ら他の主権国家の不正を処罰する場合には、前者はその上位の権威たる『神の役者』Minister Deiとしてのことを行うのである。」同上、七八六、七八八頁。
- (49) 山内進『掠奪の法観念史：中・近世ヨーロッパの人・戦争・法』（東京大学出版会、一九九〇年）二二四—二二五頁。
- (50) Otto Brunner, *Land und Herrschaft: Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter*, 5. Aufl. (Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1970), S. 39.
- (51) Peter Haggemacher, *Grotius et la doctrine de la guerre juste* (Paris: Press Universitaires de France, 1983), p. 83.
- (52) Brunner, oben Ann. 50, S. 39.
- (53) Fritz Redlich, *De praeda militari: Looting and Booty 1500–1815* (Wiesbaden: Franz Steiner Verlag GmbH, 1956), p. 2.
- (54) 三四・前掲注（49）二二五頁。
- (55) Brunner, oben Ann. 50, S. 41–42 [参考用脚注] .
- (56) Haggemacher, *supra* note 51, p. 82 [傍点引用者] .
- (57) Francisci de Victoria, *De iure belli relectiones*, The Classics of International Law (Washington: Carnegie Institution of Washington, 1917), p. 293 (*De jure belli*, sec. 50).
- (58) Grotius, *supra* note 41, p. 472 (Lib. III, Cap. VI, i).本書の邦訳について、伊藤不二男『ムニーニーの国際法理論』（有斐閣、一九六五年）一九〇—二二四頁を參照したが、本稿の訳はやれども、一九〇—二二四頁に止まること。
- (59) Samuel Pufendorff, *De jure naturae et gentium libri octo*. The Classics of International Law, Vol. 1, The Photographic Reproduction of the Edition of 1688 (Oxford: The Clarendon Press, 1934), p. 892 (Lib. VIII, Cap. VI, § 20).
- (60) Wolff, *supra* note 42, p. 310 (§ 849).
- (61) Vattel, *supra* note 43, p. 170 (Liv. III, Chap. XIII, § 193) [ヤタコック体原本文] .
- (62) Redlich, *supra* note 53, p. 3.
- (63) 三四・前掲注（49）一九頁。

(64) E.g., Grotius, *supra* note 41, pp. 476-481 (Lib. III, Cap. VI, x-xxvii).

(65) *Ibid.*, p. 175 (Lib. II, Cap. VII, ii). グロティウスによれば、承継取得は、人間の作為により（すなわち）所有者の意思による所有権もしくは支配権の譲渡）または法律（自然法、諸国民の意思法、国家法）の作用により行われる。後者のうち、自然法の作用による承継取得として、グロティウスは法上弁済と無遺言相続（successione）の二つを挙げる。この点について、柳原正治「所有権・支配権」大沼保昭編『戦争と平和の法』補正版（東信堂、一九九五年）二四八、二五〇頁を参照。

(66) Grotius, *supra* note 41, p. 175 (Lib. II, Cap. VII, ii).

(67) グロティウスは、戦時における敵財産の取得について論じた『戦争と平和の法』第三巻第六章では法上弁済について何も述べてこないが、法上弁済によってこれを基礎づけていると考えられる。この点について、奥脇直也は、次のように述べている。「自然法上所有権の取得は、一定の原因にある場合に限られ、占有の移転だけでは所有権移転の効果は生じない。」「正戦による回復なしし刑罰としての敵の財産の取得を、グロティウスは法上弁済 *expletio juris* によって説明しているようである (II, vii, 2)」奥脇直也「戦争法」大沼保昭編『戦争と平和の法』補正版（東信堂、一九九五年）四二一、四二二[六頁]。

(68) Grotius, *supra* note 41, pp. 474-475 (Lib. III, Cap. VI, v, vi).

(69) *Ibid.*, pp. 477-479 (Lib. III, Cap. VI, xxiv).

(70) 本稿注 (57)、(59) および (60) などびにそれらに対応する本文を参照。

(71) Wolff, *supra* note 42, p. 286 (§ 786).

(72) ヴォルフは、「戦争遂行に要した費用は、〔不正戦争を行う国から〕正当戦争を行う国に対して支払われなければならぬから、軍の給養に必要な物があれば、それは、〔不正戦争を行う国から〕正当戦争を行う国に対して与えられなければならない」と述べる。*Ibid.*, p. 308 (§ 844)。ヴォルフによれば、“*contributiones militares*”とは、敵国領土内に入った交戦国軍が「金銭、農産物、馬の餌、その他軍の給養に必要なあらゆる物を敵の臣民から取り立てる (*exiguntur*)」ことであり、これは、後の時代の陸戦法規における取立金および現品徵発の制度に相当する。*Ibid.* (§ 843)。また、ヴァツテルによれば、「農村や無防守地域の掠奪に代えて、それよりも人道的で、かつ、戦争を行う主権者にとてもより利益となる

- 慣行が行われるようにならなかった。やれども、『取立金 (Contribution)』である。正当戦争を行ふ者は、その軍隊の給養および戦争の全費用を敵国 (le pays ennemi) に負担させる (contribuer) りふが道理である。「正当戦争を行ふ者」は、リベント [敵国] が彼に対して義務を負ひてゐるので一部を獲得すべし。やつて、りへした課税 (imposition) に応じた敵臣民の財産は、掠奪を免れ、国土が保全されるのである。Vattel, *supra* note 43, p. 136 (Lib. III, Chap. IX, § 165).
- (73) 竹本正幸『國際人道法の再確認と発展』(東信塾、一九九六年) 111K—111J頁。
- (74) Grotius, *supra* note 41, pp. 472-473 (Lib. III, Cap. VI, xxvi) [傍点示用者]. *Ibid.*, pp. 474-475 (Lib. III, Cap. VI, v, vi) も参照。
- (75) *Ibid.*, p. 474 (Lib. III, Capt. VI, v) [傍点示用者].
- (76) "Traité conclu pour vingt ans, entre EDOUARD III. Roi d'Angleterre & les Députés des Villes maritimes du Royaume de CASTILLE & du Comté de BISCAYE, pour le bien du Commerce réciproque," donné à Londres, le 1. Août 1351. J. du Mont, *Corps universel diplomatique du droit des gens*, tome 1 (2) (Amsterdam: P. Brunel, R. et J. Wetstein, et G. Smith, Henri Waesberge, et Z. Chatelein, 1726), pp. 265-267. "Traité de Commerce conclu pour cinquante ans, entre EDOUARD III. Roi d'Angleterre & les Députés des Villes maritimes du Royaume de PORTUGAL," donné à Londres le 20. Octobre 1553, *ibid.*, pp. 286-287.
- (77) R. G. Marsden, ed., *Documents relating to Law and Custom of the Sea*. Vol. 1 ([London]: Navy Records Society, 1915-16), pp. x, 75-77, 102-104, 106-107.
- (78) 本稿注 (33) 参照。
- (79) Carl J. Kulsrud, *Maritime Neutrality to 1780: A History of the Main Principles Governing Neutrality and Belligerency to 1780* (Boston: Little, Brown, and Co., 1936), pp. 109-123; Stephen C. Neff, *The Rights and Duties of Neutrals: A General History* (Manchester: Manchester University Press, 2000), p. 12.
- (80) D. A. Gardiner, "The History of Belligerent Rights on the High Seas in the Fourteenth Century," *Law Quarterly Review*, Vol. 48 (1932), pp. 536, 541.
- (81) Marsden, *supra* note 77, p. x.